XIV.

Vom Rückfalle der profectitia dos.

Von

Francke.

---

§. 1.

Es ist meine Absicht, vorzugsweise die bekannte Streitfrage zu erörtern, ob bei dem Tode einer verheiratheten Frau die von ihrem Vater bestellte Dos an den Vater zurückfällt, oder ob dieselbe an die Kinder der Frau vererbt wird. Bekannt ist, daß seit Cujacius die Mehrzahl der Theoretiker sich zu der Meinung bekennt, daß diese Dos, auch wenn Kinder vorhanden sind, an den Vater der Frau zurückfällt, während die deutschen Gerichte von jeher der entgegengesetzten, schon in der Praxis der Glossatoren angenommenen Meinung huldigten, und auch diese Dos den Kindern als Theil der mütterlichen Erbschaft zusprachen. — In Betreff der Literatur dieser Streitfrage glaube ich im Allgemeinen auf Glück [1]) verweisen zu dürfen, insbesondere deshalb, weil ein näheres Eingehen auf die Dogmengeschichte hier in der That wenig Belehrung gewährt, und das Erhebliche davon allgemein bekannt ist [2]).

Dabei aber ist es unerläßlich, die gesammte Lehre vom Rückfalle der profectitia dos mit in diese Untersuchung hin-

---

1) Glück Erläut. der Pand. Th. 27. S. 195—222.

2) Ziemlich vollständig finden sich übrigens die herkömmlichen Argumente, in welchen ehedem die Streitfrage sich bewegte, bei Giphanius Explan. leg. diff. Cod. ad l. 6. C. de pactis conv. (5, 14) und bei Bachovius ad. Treutleri Disp. Vol. II. Disp. VII. lit C. In der That aber verdient das Meiste nichts Besseres, als der Vergessenheit anheimzufallen.

einzuziehen. Eben so nothwendig ist es aber auch, darzuthun, wie diese Lehre des Römischen Rechts, und überhaupt die ganze Bildung des Dotalrechts, aus der besondern Gestaltung des Römischen Familienrechts hervorgegangen ist. Eine Einsicht in diesen Zusammenhang des Dotalrechts mit den übrigen Familienverhältnissen kann wenigstens gegen manche Irrthümer sichern, welche in dieser Lehre häufig in Deutschland vorgekommen sind, und zuweilen noch heutigen Tages angetroffen werden. Das Recht Römischer Ehegatten war nämlich von den in Deutschland geltenden Rechten (selbst da, wo das Römische Dotalrecht Eingang gefunden hat), in seiner Grundlage nicht bloß durch die Freiheit der Ehescheidung, und später auch durch die propter nuptias donatio [3]) wesentlich verschieden, sondern es sind auch sehr erhebliche Verschiedenheiten durch die verschiedenen Grundsätze über die väterliche Gewalt hervorgerufen worden. Bei den Römern befreite weder die Verheirathung, noch eine selbständige bürgerliche Stellung von des Vaters Gewalt. Bei uns tritt es außerordentlich selten ein, obwohl es möglich ist, daß ein verheiratheter Mann noch in des Vaters Gewalt steht. Denn der eigene Haushalt, oder genauer gesprochen, eine selbständige Stellung im Leben, macht nach deutscher Sitte den Sohn zum selbständigen Manne, sui juris.

Hierdurch ist auch in anderen Lehren des Familienrechts gar Vieles vom Römischen Rechte geändert. Deshalb gehören z. B. die Emancipationen zu den größten Seltenheiten in Deutschland, so viel wir auch noch von emancipirten Kindern zu reden pflegen. Damit fällt ebenso das s. g. praemium emancipationis hinweg, so wie die damit genau zusammenhängende Succession des parens manumissor in einen Theil des Nießbrauchs, im Falle emancipirte Kinder ihre Mutter beerben. Diese Succession ist außerdem nach

3) Ueber Beides Archiv Bd. 26. S. 63 fgd.

Theodosius eigener Erklärung [4]) lediglich ein Ersatz für das s. g. **praemium emancipationis**, welches bei späterer Emancipation der Kinder, nachdem diese zuvor ihre Mutter beerbt hatten, zu Gunsten des Vaters eintreten würde. Sie ist daher mit Recht unserer Praxis fremd geblieben, obwohl sie seit Schraders bekannter Abhandlung in die neueren Lehrbücher des Römischen Rechts gekommen ist. Den älteren Schriften war sie gänzlich unbekannt. Aus gleichem Grunde hat ferner das **profectitium peculium** für uns seine Wichtigkeit gänzlich verloren. Bei den Römern war es deshalb von so großer Bedeutung, weil der Sohn durch eigenen Haushalt, auch wenn er eine Handlung, eine Oekonomie oder sonst ein eigenes Geschäft factisch selbständig auf eigenen Namen und eigene Rechnung betrieb, und davon vielleicht mit Frau und Kindern selbständig lebte, dennoch rechtlich nicht frei wurde von des Vaters Gewalt. Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich vollständig die Grundsätze des Peculiums. Deshalb mußte dasselbe nothwendig für die Schulden des Sohnes haften, man konnte ebenso eine **naturalis obligatio** aus Verträgen zwischen Vater und Sohn annehmen; es erklärt sich ebenfalls hieraus, daß man dem Sohne dieses Peculium ließ, wenn des Vaters Vermögen dem Fiscus anheim fiel. Es bildete dieses Peculium eine sehr schwache Aushülfe für den naturgemäßen Satz unseres Rechts, wonach, wer eine selbständige Stellung im bürgerlichen Leben sich begründet hat, auch in seinen Vermögensverhältnissen und überhaupt privatrechtlich selbständig, **sui juris**, geworden ist.

Für das Dotalrecht ist aber weit erheblicher noch der weitere Satz unseres deutschen Rechts, daß Töchter durch Verheirathung aus der väterlichen Gewalt treten. Dieser Rechtssatz ist ursprünglich daraus hervorgegangen, daß nach deutschschem Rechte die Tochter bei der Heirath aus dem Mundium

---

4) l. 3. C. de bonis mat. 6. 60.

des Vaters trat, um überzugehen in die eheliche Vormundschaft des Mannes. Aber überall in Deutschland, auch da, wo die eheliche Vormundschaft des Mannes nicht mehr besteht, hat jener Rechtssatz in dem nationalen Rechtsbewußtsein sich erhalten: er gilt als entschiedenes Gewohnheitsrecht, indem es für unnatürlich und unrechtlich gehalten wird, daß eine verheirathete Frau noch in ihres Vaters Gewalt stehe.

Hierdurch sind denn für unser Recht alle jene Sätze Antiquität geworden, welche im Römischen Rechte für den Fall galten, da eine verheirathete Frau noch in ihres Vaters Gewalt stand. Wir müssen aber dennoch dieses Verhältniß und die darüber geltenden Rechtssätze im Folgenden genauer betrachten. Denn gerade dieses Verhältniß war vom größten Einfluß auf die Lehre von der Dos und deren Ausbildung.

Im Römischen Rechte trat nämlich eine Tochter bei ihrer Verheirathung nur dann aus des Vaters Gewalt, wenn sie entweder von diesem förmlich mancipirt, oder wenn sie von ihm im alten Rechte in die manus des Ehemannes übertragen wurde. Wenn der Vater seine Gewalt nicht ausdrücklich aufgab, und ebenso, wenn die Agnaten ihre gesetzliche Tutel, welche sie nach des Vaters Tode über die weiblichen Familienglieder führten, und damit ihre Anrechte auf das Vermögen der Frau nicht aufgeben wollten, so konnte schon in der ältesten Zeit die Frau nicht übergehen in des Mannes Familie, und dann blieben ihre Familienverhältnisse ungeachtet ihrer Verheirathung unverändert. Hierdurch war eines Theils schon für die älteste Zeit der Begriff der s. g. freien Ehe, zu deren Erklärung wir uns nicht erst in Conjecturen über verschiedene Rechte verschiedener Volksstämme zu verlieren brauchen, nothwendig gegeben. Eben so erklärt sich daraus der Begriff und die Bedeutung der Römischen Dos. Denn wenn

1) der Vater noch lebte und die verheirathete Tochter seiner Gewalt unterworfen blieb, so konnte dieselbe als filiafamilias nichts zu Eigenthum haben. Der Tochter selbst

konnte der Vater, oder auch ein Dritter, eine Ausstattung nicht zu Eigenthum geben, ihr konnte für die Bedürfnisse und für die Dauer der Ehe eine Dos nicht bestellt werden. Denn was sie besaß, gehörte dem Vater und war seiner willkührlichen Disposition unterworfen. Sollte daher für die Bedürfnisse der Ehe und für deren Dauer eine Mitgift festgestellt werden, so mußte dieselbe dem Manne überantwortet werden. Deshalb wurde die Dos, obwohl sie als Vermögen der Frau betrachtet wurde, in das Eigenthum des Mannes übertragen. Dieses konnte aber bei den Römern in keinem Falle als etwas Auffälliges und Singuläres erscheinen, da ja bei der s. g. strengen Ehe, wie Cicero sagt, „omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.“ — Hierdurch war die Grundlage gegeben für die rechtliche Gestalt der Römischen Dos, und meistens heirathen Mädchen, während der Vater noch lebt, weshalb wir diesen Fall, daß die Tochter noch in des Vaters Gewalt steht, als den gewöhnlichen zu betrachten haben. — Aber auch wenn

2) die Frau bei ihrer Verheirathung schon sui juris war, so trat doch im ältesten Rechte für diese Gestaltung des Dotalrechts eine gleiche Nothwendigkeit ein. Denn wenn die Frau emancipirt war, so stand sie in der gesetzlichen Vormundschaft des Vaters als Manumissor. Wenn sie durch den Tod des Vaters sui juris war, so übten die Agnaten die gesetzliche Tutel. Bei den wichtigsten Rechtsacten war die Frau an den Willen dieser Tutoren, welche zugleich ihre gesetzlichen Erben waren, gebunden, während dem Ehemanne überall kein Recht, weder Nutzung noch Verwaltung, gegen ihr Vermögen zustand. Es lag in der Natur der Sache begründet, daß die Frau, wenn sie Vermögen hatte, ihren Beitrag zu den Ehelasten lieferte. Denn diese sind, bei der auch von den Römern angenommenen Lebensgenossenschaft (societas vitae)

der Ehegatten, aus dem beiderseitigen Vermögen zu bestreiten. Man mußte daher auch in diesem Falle dahin geführt werden, den dazu bestimmten Fond geradezu ins Eigenthum des Mannes zu übertragen. Hierdurch war der so bedeutende Gegensatz zwischen der Dos und dem übrigen Vermögen der Frau nothwendig hervorgerufen. Die Dos war im Eigenthum des Mannes. Das übrige Vermögen der Frau blieb freilich ihrer eigenen Disposition überlassen; allein es stand unter der Obhut ihrer Tutoren, die ihre nächsten Erben waren, und deren Tutel wesentlich dazu diente, dieses Vermögen der Familie, d. h. den Tutoren selbst, für den Tod der Frau zu erhalten. Die Kinder der Frau gehörten nicht zu dieser aus den Agnaten gebildeten Familie, die Kinder hatten daher auch kein Erbrecht gegen die eigene Mutter, sondern auch für sie, wie überhaupt für die Bedürfnisse der Ehe, war die Dos bestimmt, welche deshalb von dem übrigen Vermögen der Frau, da dieses den Agnaten erhalten werden sollte, gesondert wurde.

Aus diesen Elementen ist das Dotalrecht hervorgegangen. Wir sind hierdurch aber schon von selbst zu dem Standpunkte gelangt, von welchem auch die Rückforderung der Dos zu beurtheilen, und die innere Construction dieser Lehre im Römischen Rechte zu erklären ist. Denn solche Lehren sind nicht willkührlich gemacht, sie beruhen entweder auf innerer Nothwendigkeit oder sie sind durch die besondere Gestaltung des jedesmal herrschenden Familienrechts gegeben. Die Wissenschaft des Rechts hat aber nicht bloß die zu einer bestimmten Zeit geltenden Sätze an einander zu reihen, sondern sie muß die höheren Principien, aus welchen die Grundsätze einer Lehre sich entwickelt haben, auffinden.

So wie aber der Begriff der Dos von selbst gegeben war durch die Rechtssätze über väterliche Gewalt und durch die Tutel der Agnaten, so ist auch hierdurch, und besonders

durch die Gestalt des alten Erbrechts, dies Recht der Rückforderung der Dos bestimmt worden. Es wird keines weitläufigen Beweises bedürfen, um darzuthun, wie eng diese Lehren in jedem Rechte mit einander verknüpft sind und wie abhängig die eine von der andern ist. Wenn wir zuvörderst jetzt geltende Erbordnungen zu Grunde legen, sei es die Novelle 118 oder andere in Deutschland gegenwärtig geltende Erbgesetze, so müssen folgende Grundsätze als die natürlichsten erscheinen. Die Dos gehört zum Vermögen der Frau, sie ist nur für die Ehe temporär ins Eigenthum des Mannes übertragen — „quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est," sagt Tryphonin in l. 75 D. de jure dot.: wobei er die Worte quamvis in bonis mariti sit, später nochmals so wiederholt: „quamvis apud maritum dominium sit." Wenn der Mann stirbt, so muß die Dos an die Frau zurückfallen. Wenn dagegen die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird, dann müssen die Gesetze, nach welchen überhaupt das Vermögen der Frau vererbt wird, auch über das Schicksal der Dos bestimmen: Denn die Dos gehört zu ihrem Vermögen. Dieses ist wenigstens das einzige Prinzip, welches legislativ gebilligt werden kann, vorausgesetzt nur, daß dieselbe Legislation zugleich ein vernünftiges Erbrecht enthält, und nicht — wie das ältere Römische Recht es thut — selbst die Kinder ausschließt von der Erbschaft der eigenen Mutter. In der Natur der Dos selbst ist kein Grund vorhanden, durch welchen eine Gesetzgebung gerechtfertigt werden könnte, welche beim Tode einer verheiratheten Frau eine zwiefache Succession eröffnet, und theils eine gewöhnliche Erbfolge eintreten läßt, daneben noch eine besondere Succession in die Dos anordnet. Dieses ist aber im Römischen Rechte geschehen, und zwar in der Weise, daß die Schulden der Frau die Dos nicht treffen, sondern allein aus dem übrigen Nachlaß berichtigt werden [5]. Auch daß subsi-

5) l. 27. C. de jure dot. (5, 12).

diarisch die Schulden der Frau aus der Dos zu tilgen seien, ist nirgends ausgesprochen; denn die Dos ist einmal der Einwirkung der Frau durch die Uebertragung in des Mannes Eigenthum entzogen. Nur die Begräbnißkosten ruhen verhältnißmäßig zugleich auf der Dos und auf der Erbschaft [6]). Diese zwiefache Succession, welche sich lediglich aus dem Zustande des altrömischen Familienrechts und Erbrechts erklärt, hat für unsere Verhältnisse und rechtlichen Zustände jeden inneren Grund verloren. Sie müßte, wenn man sie als noch geltend betrachtet, in jedem Falle durch neue Legislation getilgt werden. — Es ist aber wohl an sich klar, daß auch der Zustand des Erbrechts, namentlich des Erbrechts der Kinder und der Ehegatten selbst, vom größten Einfluß auf diese Lehre sein muß. Jedoch um jedem möglichen Zweifel daran zu begegnen, erlaube ich mir, zum erklärenden Beispiele, darauf aufmerksam zu machen, wie unvereinbar auch mit dem Sächsischen Erbrechte die Römischen Grundsätze über den Rückfall der Dos sein würden. Nach dem Sachsenrechte ist der Mann Mobiliarerbe der Frau. Als solcher behält er namentlich alle ihm von der Frau zugebrachten Mobilien, nebst den Kapitalien und dem baaren Gelde, während die Grundstücke den übrigen Erben zufallen. Hierdurch ist eine besondere Succession in eine Dos geradezu ausgeschlossen: es gibt nur eine Succession nach den Grundsätzen der Erbfolge. Wenn aber auch die neueren Erbgesetze, wie sie in mehreren Ländern des Sächsischen Rechts erschienen sind, die Erbfolge der Ehegatten anders und zweckmäßiger geordnet haben, so ist doch jenes Grundprinzip, wonach es beim Tode einer verheiratheten Frau nur eine Erbfolge in ihr gesammtes Vermögen gibt, unverändert geblieben [7]). Und

---

6) l. 18. 22. 23. D. de relig. (11, 7).

7) Selten aber ist einer neuen Legislation eine so verfehlte Kritik zu Theil geworden, als diejenige ist, welche Roßhirt in seiner und Warnkönigs Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 2. S.

schon aus diesem Grunde, wie noch aus anderen, ist die ganze Lehre vom Rückfalle der Dos für die Länder des Sächsischen Rechts stets ohne praktisches Interesse gewesen.

§. 2.

Wenden wir uns hiernach zu einer näheren Erwägung der Römischen Grundsätze über den Rückfall der Dos, so müssen wir zuvörderst bei dem Tode einer verheiratheten Frau besonders drei Fälle unterscheiden:

1) die Frau ist als filiafamilias verstorben,

2) sie war emancipirt, während der Vater noch lebte, und

3) der Vater war schon früher verstorben.

In dem ersten Falle, wenn die Frau als filiafamilias verstarb, konnte sie nach den Grundsätzen des alten Rechts gar nicht beerbt werden, obwohl die Dos, so lange die Frau lebte, als ihr Vermögen galt, und deshalb auch bei des Vaters Tode von ihr zu conferiren war [8]). Dadurch schon wurden besondere Grundsätze über den Rückfall der Dos nothwendig, da eine Beerbung rechtlich nicht Statt fand.

103—115 über das Weimarische Erbgesetz vom 6. April 1833 geübt hat, indem derselbe dieses Gesetz wesentlich aus dem Gesichtspunkte der Nov. 118 beurtheilt, und die Vorschriften des Gesetzes als Aenderungen Römischer Grundsätze, (welche zum großen Theile in den Sächsischen Landen niemals gegolten haben), betrachtet. Ein besonderes Lob verdienen aber in diesem Gesetze, abgesehen von den dem deutschen Rechte sich anschließenden Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge, die Vorschriften über das Notherbenrecht, wodurch diese Lehre auf wenige und einfache Sätze zurückgeführt ist; ebenso zeitgemäß sind die Vorschriften über die Indignität, durch welche diese in vieler Hinsicht ganz absurde Lehre des Römischen Rechts, die nichts ist, als eine monströse Mißbildung, mit welcher weder die Theorie, noch die Praxis etwas anzufangen weiß, zweckmäßig geordnet ist.

8) l. 71. D. de evict. (21, 2). „non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest manente matrimonio" — und es ist hier von einer filiafamilias die Rede. — cf. l. 4. D. de collat. (37, 6).

Als natürlich erschien es, daß bei unbeerbter Ehe die dos profectitia an den Vater zurückfiel, während eine adventitia dos dem Manne blieb. Wenn aber Kinder aus der Ehe vorhanden waren, so ging das Römische Recht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Ehelasten, zu deren Bestreitung die Dos bestimmt ist, in den Kindern fortdauern. Es war ferner ein anerkannter Rechtssatz: „ibi dos esse debet ubi onera sunt matrimonii.“ Und zu diesen Worten bemerken die Basiliken:

„onera autem matrimonii sunt *liberi* et uxor, quos maritus alere cogitur“ [9]).

Deshalb behielt bei beerbter Ehe der Ehemann auch die profectitia dos, und zwar entweder die ganze Dos, wenn fünf oder mehr Kinder vorhanden waren, oder doch einen Theil der Dos, nämlich für jedes Kind ein Fünftel [10]). Wenn wir daher in den Pandecten den Satz, daß die profectitia dos beim Tode der Tochter an den Vater zurückfällt, in dem ursprünglichen Sinne der alten Juristen, welche diesen Satz niederschrieben, auffassen, so ist derselbe mit dieser sehr erheblichen Modification zu verstehen, und ist allgemein nur wahr für die unbeerbte Ehe. Und nur in dieser Beschränkung haben hierfür die Römischen Juristen den Grund angeführt, „ne et filiae ammissae et pecuniae damnum sentiret,“ ein Grund, welcher auch in diesen Schranken zutreffend und vernünftig ist. Er hört auf beides zu sein, wenn man ihn mit unsern Schriftstellern auch auf eine beerbte Ehe deutet und daraus gerade beweisen will, daß die Dos unbedingt auch beim Dasein von Kindern an den Vater der

---

9) l. 56. §. 1. D. de jure dot. (23, 3). Basilic. XXIX. 1. 52. Ed. Heimbach. I. 3. pag. 391.

10) Ulpiani fragm. VI. 4. Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quodsi pater non sit, apud maritum remanet. — Fragm. Vaticana §. 108.

Frau zurückfalle. Für diesen Satz konnte kein Römischer Jurist jenen Grund anführen, denn dieser Satz galt so gar nicht im Römischen Rechte. —

In dem zweiten Falle (wenn nämlich die Frau emancipirt war) galten im älteren Rechte durchaus dieselben so eben erörterten Grundsätze. Dieses folgt schon aus der Darstellung dieser Lehre in den citirten Fragmenten Ulpians. Es war ferner eine gleiche Nothwendigkeit, welche die Annahme der gedachten Rechtssätze beim Tode einer filiafamilias herbeiführt, auch hier vorhanden. Freilich konnte eine emancipirte Tochter beerbt werden; allein nach dem alten Civilerbrecht hatte weder der Ehemann ein Erbrecht gegen die Frau, noch hatten es die Kinder gegen die Mutter, sondern der einzige gesetzliche Erbe einer emancipirten Tochter war im alten Rechte der Vater als manumissor. Im Wege des Erbrechts konnte man daher den Kindern und dem Manne nichts von der Dos zuwenden, obwohl zu ihrem Besten die Dos bestellt war. Damit aber die Dos auch nach dem Tode der Frau ihre Bestimmung erfülle, einen Beitrag zu liefern auch für die Erhaltung der Kinder, so nahm man dieselben Grundsätze, welche beim Tode einer filiafamilias galten, auch hier an. Man sprach auch hier, je nach der Zahl der Kinder, die profectitia dos ganz oder theilweise dem Manne zu, der sie außerdem auch behielt, wenn der Vater der Frau schon früher verstorben war.

Diese Gründe bestanden übrigens, ungeachtet der durch die bonorum possessio eingetretenen Veränderungen, lange noch fort. Auch hiernach war es nicht möglich, die Dos in den gewöhnlichen Erbgang eintreten zu lassen; man hätte sie dadurch den Kindern gänzlich entzogen. Denn nach dem System der bonorum possessio beerbten die Kinder ihre Mutter erst in der Klasse der Cognaten; der Vater dagegen als manumissor stand in der Klasse unde legitimi, wodurch er den bloßen Cognaten vorging. Die Kinder eines emancipirten Sohnes gingen freilich bei ihres Vaters Be-

erbung ihrem Großvater vor, indem sie als **sui heredes**, oder als Emancipirte durch die **bonorum possessio unde liberi** erbten. Aber bei der Beerbung der Mutter gingen den Kindern entweder der Vater als **manumissor**, oder sämmtliche Agnaten vor. Den Agnaten wurden allerdings die Kinder durch das **SCum Orfitianum** unter Mark Aurels Regierung vorgesetzt; ob sie aber damals schon dem Vater als **parens manumissor** vorgingen, darüber bin ich noch gegenwärtig eben so zweifelhaft, als ich es vor mehreren Jahren in meinen Programmen „**de manumissorum successione**" war. Denn Ulpian gibt den Inhalt dieses Senatusconsults nur dahin an: „**ut matrum legitimae hereditates ad filios pertineant exclusis consanguineis ceterisque agnatis**" [11]. Von einer Ausschließung des Parens Manumissor schreibt Ulpian nichts. Dieser Ausschließung steht ferner die Analogie des eigentlichen Patronaterbrechts entgegen, indem der Patronus den Kindern einer Freigelassenen vorging [12]. Erst in einer Verordnung Gratians vom Jahr 383 kommt eine entschiedene Abänderung der alten Erbfolgeordnung vor. Sie enthält als eine anscheinend neue Vorschrift den Satz, daß die Kinder einer emancipirten Tochter den Vater gänzlich ausschließen sollen [13]. Was aber bis dahin gegolten hat, wird immer zweifelhaft bleiben.

Jedoch wenn hier auch einige Zweifel über die historische Ausbildung dieses Erbrechts bleiben, so scheint doch so viel für das Römische Recht festzustehen: der Satz, wonach der Mann beim Tode der Frau — mochte diese als **filiafamilias** verstorben oder emancipirt gewesen sein — die pro-

---

11) Ulpiani fragm. XXVI. 7. Gerade so drücken die Institutionen die Sache aus, pr. J. de SC°. Orf. (3, 4).

12) „semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae." Ulpian XXIX. 2.

13) l. 3. C. Th. de legit. her. (5, 1).

fectitia dos ganz oder zu Fünfteln der Kinder wegen behielt, war zu Gunsten der Kinder eingeführt. Dieser Satz ist eine zur Milderung einer unzweckmäßigen Erbfolgeordnung eingeführte Begünstigung der Kinder. Nachdem aber die Erbfolgeordnung ebenfalls zu Gunsten der Kinder geändert war, da mußte nach einer consequenten und naturgemäßen Rechtsbildung den Kindern selbst die Dos zugesprochen werden. Dagegen wäre es eine verkehrte Rechtsbildung gewesen, wenn man, wie es die Mehrzahl der Theoretiker annimmt, die Dos nunmehr dem Großvater unbedingt zugesprochen und sie dadurch den Kindern gänzlich entzogen hätte.

Ich bin jedoch weit entfernt davon, hieraus sofort einen vollen Beweis für das Justinianeische Recht entnehmen zu wollen; denn dieses konnte auch einmal eine verkehrte Rechtsbildung enthalten, welche jedoch im Zweifel nicht zu präsumiren sein möchte. —

Betrachten wir aber, um zuvörderst die Gestaltung des alten Rechts vollständig zu erwägen, auch den dritten Fall, da die Frau in bestehender Ehe, aber nach ihrem Vater verstirbt. Hier waren ursprünglich (wenigstens in dem gewöhnlichen Falle, da die Frau nicht früher vom Vater emancipirt war) die Agnaten zu ihrer Erbschaft berufen. Die Dos aber, welche für die Ehe bestimmt, und zu dem Ende von dem übrigen Vermögen der Frau, welches die Agnaten sich durch ihre gesetzliche Tutel bewahrten, gesondert war, blieb deshalb auch bei dem Tode der Frau dem Ehemanne, es mochten Kinder da sein oder nicht. Denn die Dos war für die Ehe bestimmt, und zu dem Ende von den übrigen für die Agnaten eventuell reservirten Vermögen der Frau dadurch gesondert, daß sie in das Vermögen des Mannes übertragen war.

Sehr leicht ist aber nach den Grundsätzen des alten Rechts die Frage beantwortet, weshalb man nicht den Kindern selbst, wenn diese vorhanden waren, und ihretwegen dem Manne die Dos blieb, sondern dem Ehemann die Dos

zusprach. Die Kinder waren einmal nicht Erben ihrer Mutter. Dazu kommt aber insbesondere, daß die Kinder sich regelmäßig in des Vaters Gewalt befinden, und daß ja nach dem alten Rechte ein filiusfamilias nichts Eigenes hatte. Was hätte es geholfen, ihnen die Dos zu geben; diese wäre ja doch durch die Kinder dem Vater wieder erworben worden. Daher blieb dem Manne die ihm bestellte Dos, wenn gleich dieses meistens zu Gunsten der Kinder geschah. Erst seit der Zeit Constantins, seit dem das mütterliche Vermögen Eigenthum der Kinder werden konnte, war es möglich, den Kindern selbst das Eigenthum auch an der Dos beim Tode der Mutter zuzusprechen, gerade so wie nach der l. 8. §. 7. C. de repud. 5. 17 von Theodos dem zweiten bei der Ehescheidung das Eigenthum der Dos und der propter nuptias donatio, welche ein Ehegatte verliert, den Kindern zufällt. Dieses konnte unmöglich ohne Einfluß auf das Schicksal der Dos beim Tode der Frau bleiben, zumal da Justinian selbst in dem Falle, da in den Ehepacten festgesetzt ist, daß die Dos beim Tode der Frau dem Manne zufallen soll, dennoch den Kindern das Eigenthum zugesprochen hat. Daraus ist denn auch im Justinianeischen Rechte die anerkannte Vorschrift hervorgegangen, daß beim Tode einer Frau die adventitia dos an die Kinder als Theil der mütterlichen Erbschaft fällt, und ebenso die profectitia dos, mindestens in dem Falle, da der Vater welcher diese Dos bestellte, nicht mehr am Leben ist. Und der Streit betrifft danach nur den Fall, da der Vater selbst noch lebt, oder, mit andern Worten, es fragt sich, was ist im Justinianeischen Rechte aus der alten Theilung der Dos nach Fünfteln geworden, wonach der Ehemann ehedem für jedes Kind ein Fünftheil der profectitia dos zu Gunsten der Kinder behielt? Ist hier den Kindern nunmehr Alles gegeben, oder ist ihnen Alles entzogen worden? Oder ist vielleicht, wie die Theorie der Glossatoren dieses annahm, zu unterscheiden, je nachdem die Frau sui juris oder noch der väterlichen

Gewalt unterworfen war? Denn undenkbar wäre wenigstens eine solche Unterscheidung nicht. Sie fand im alten Rechte auf gleiche Weise dann Statt, wenn die Ehefrau bei der Trennung der Ehe lebte. Denn wenn die Frau in diesem Falle sui juris war, so erhielt sie selbst die profectitia dos; dagegen wenn sie noch in des Vaters Gewalt war, so wurde die Dos an diesen zurückgezahlt.

Jedenfalls verdient diese von den Glossatoren vertheidigte Unterscheidung eine genauere Beachtung, als derselben in unserer Zeit zu Theil geworden ist. Denn die Glossatoren sind immer noch diejenigen Rechtsgelehrten, welche das Corpus juris am besten gekannt haben. Dazu kommt aber, daß dieselbe Unterscheidung sich auch in den Basiliken findet, was ich im Voraus bemerke, damit nicht manchen in den bisherigen Theorien befangenen Rechtsgelehrten die auf diesen Punkt gerichtete Untersuchung von vorn herein als unnütz und verwerflich erscheinen möge.

§. 3.

Hiernach aber ist es nothwendig, erst einige Blicke auf das Schicksal der Dos in dem Falle zu werfen, da die Frau lebte bei Auflösung der Ehe, wohin theils der Fall einer Ehescheidung gehört, und theils der Fall, da die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöset wurde. Hier konnte das alte Recht nicht unterscheiden zwischen einer dos profectitia und adventitia, sondern es unterschied, je nachdem die Frau noch filiafamilius oder sui juris war. Die Dos, auch wenn sie zum Zwecke der Ehe ins Eigenthum des Mannes übertragen war, galt als Vermögen der Frau — „quamvis in bonis mariti sit, mulieris tamen est“ [14]. Dieses war auch hinsichtlich der profectitia dos, selbst wenn der Vater, welcher diese Dos bestellt hatte, noch lebte, die vorwaltende rechtliche Ansicht: „non enim, sicut mulieris dos est, ita

---

14) l. 71. D. de evict. 21. 2. l. 4. D. de collat. 37. 6. l. 1. §. 9. D. de dotis coll. 37. 7.

patris esse dici potest [15]). — Nothwendig mußte daher die Frau selbst, wenn sie bei der Auflösung der Ehe lebte und sui juris war, die Rückforderung der Dos haben. Sie hatte daher im alten Rechte die actio de dote oder rei uxoriae, wie sie im Justinianeischen Rechte, in Folge der l. un. C. de rei uxor. act. die actio ex stipulatu hat, welche Justinian an die Stelle der alten actio rei uxoriae gesetzt hat.

Anders aber mußte sich die Sache gestalten, wenn die Frau bei getrennter Ehe noch in ihres Vaters Gewalt stand. Freilich wurde auch in diesem Falle, so lange die Ehe bestand („manente matrimonio" in l. 71. D. de evict.) die Dos zum Vermögen der Frau gerechnet, zu deren Besten ja auch die Dos dem Manne für die Dauer der Ehe bestellt war. Und aus diesem Gesichtspunkte mußte die Frau, wenn ihr Vater starb, auch in bestehender Ehe die profectitia dos den miterbenden Geschwistern conferiren, damit sie durch diese Dos und die ihr dereinst zustehende Rückforderung derselben von ihren Geschwistern nichts im Voraus aus dem väterlichen Vermögen bekomme. Allein diese Gesichtspunkte hörten auf, wenn bei Lebzeiten ihres Vaters ihre Ehe wieder getrennt wurde. Denn hier fragte sich, an wen jetzt das Eigenthum der Dos zurückfallen, wer die actio de dote erwerben müsse. Die Tochter selbst konnte als filiafamilias nichts für sich zu Eigenthum erwerben; was sie erwarb an Eigenthum, Forderungen und Klagen, das gehörte, kraft väterlicher Gewalt, dem Vater. Deshalb mußte auch die Dos jetzt in das Vermögen des Vaters zurückfallen. — Es ist aber eine durchaus falsche Auffassung des Römischen Rechts, wenn man versucht hat, diesen Satz aus einer besondern Begünstigung des Vaters hinsichtlich der profectitia

15) l. 71. D. de evict. l. 3. §. 5. D. de minor. 4. 4: „dos ipsius filiae proprium patrimonium est." Beide Stellen sprechen von einer filiafamilias.

dos zu erklären. Denn erstens galt dieser Satz ja nicht bei einer emancipirten Tochter, obwohl die vom Vater für eine emancipirte Tochter bestellte Dos als profectitia behandelt wurde [16]. Dagegen fiel zweitens, wenn die Tochter noch filiafamilias war, nicht bloß die profectitia dos, sondern auch jede adventitia nach altem Rechte nunmehr in des Vaters Vermögen, bloß deshalb, weil eine filiafamilias ehedem nichts für sich, sondern Alles dem Vater erwarb. Daher wird auch endlich in der l. 2. C. de bonis quae lib. (6. 61) gesagt, daß die Dos „potestatis jure" an den Vater der noch lebenden Frau zurückfalle.

Gemildert war allerdings dieser aus den Grundsätzen über die väterliche Gewalt mit Consequenz sich ergebende Rechtssatz zu Gunsten der Tochter dadurch, daß der Vater diese Dos nicht gegen den Willen der Tochter einfordern durfte. Er mußte vielmehr, wie Ulpian es mehrfach ausdrückt, „adjuncta filiae persona" die Klage erheben, weshalb auch die Römer wohl zu sagen pflegten, es sei diese Klage oder diese Dos „communis patris et filiae" [17]. Man ist darüber stets einig gewesen, daß hierdurch ein wirkliches Miteigenthum nicht bezeichnet werden sollte, sondern bloß jenes gemeinschaftliche Klagrecht, wie dieses in der l. 2. und l. 22. D. soluto matrim. (24. 3) ausführlicher erörtert ist. Dieses ergibt sich am Klarsten aus den Worten Ulpians in den Fragmenten tit. VI. §. 6:

> Divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, i. e. dotis repetitionem. Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona [18] habet actionem rei uxoriae, nec interest adventitia sit dos an profectitia.

---

16) l. 5. §. 11. D. de jure dot. 23. 3.

17) l. 2. §. 1 l. 3. D. soluto matr. 24. 3.

18) Denselben Ausdruck braucht Ulpian in l. 2. §. 1. D. sol. matr. und Pomponius in l. 7. D. de pact dot. 23. 4.

Zu welchem Zwecke dieses angenommen war, ist nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es eine Folge des besonders durch die leges Juliae geltend gemachten rechtlichen Princips war:

Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint [19]).

Es sollte der Frau die Dos zu weiterer Heirath erhalten werden. Daher ist ja auch der Vater verpflichtet, der Tochter bei ihrer Wiederverheirathung eine gleiche Dos zu geben. Wahrscheinlich stammt auch dieses ganze Princip, durch welches die väterliche Gewalt zu Gunsten der Ehen gemildert ist, aus der lex Julia et Papia Poppea. Durch dieses Gesetz ist überhaupt die rechtliche Verbindlichkeit des Vaters zur Dotirung der Töchter zuerst festgestellt worden [20]). Dasselbe Gesetz hat aus gleichem Grunde die Rückzahlung der Dos in bestehender Ehe verboten, damit die Dos der Frau für alle Folgezeit erhalten werde [21]). Aus gleichem Grunde hat sie den Vater bei der Rückforderung der profectitia dos an die Einwilligung der Tochter gebunden. Aus allgemeinen Principien, ohne ein besonderes Gesetz hätten schwerlich die Römischen Juristen eine solche Beschränkung der väterlichen Gewalt annehmen können. Nach dem Zwecke des Gesetzes konnte aber die Tochter auch nur aus erheblichen Gründen der Rückforderung der Dos an ihren Vater widersprechen, insbesondere, wenn diese Dos nicht mit Sicherheit dem Vater anvertraut werden konnte, weshalb Ulpian geradezu sagt, die Dos sei jedenfalls gültig an den Vater allein zurückgezahlt, sobald die Tochter keinen Grund hatte zum Widerspruch [22]).

---

19) l. 2 D. de jure dot. 23. 3. l. 1. sol. matr. 24. 3.

20) l. 19. D. pe ritu nupt. 23. 2.

21) Dieses Archiv Bd. 18. S. 14. 15.

22) Dotem voluntate filiae videri patrem recepisse, cum causas contradicendi ei filia non haberet — l. 37. sol. matr.

Damit hängt ferner ganz consequent auch der Satz zusammen, daß die Tochter, wenn sie noch vor Rückzahlung der Dos sui juris wurde, dann selbst die Klage allein erheben oder fortsetzen durfte [23]. Man suchte soviel als möglich den Rückfall der Dos in des Vaters Vermögen zu vermeiden und zu mildern, da dieser hier einzig und allein auf dem starren Principe beruhte, daß eine filiafamilias nichts zu Eigenthum erwerben konnte. Und von selbst versteht sich, daß im Justinianeischen Rechte eine adventitia dos nicht mehr dem Vater erworben wurde, sondern bei Trennung der Ehe zu den Adventitien einer filiafamilias gezählt werden mußte.

Es ist aber diese Lehre von vielen Schriftstellern durchaus falsch aufgefaßt worden. Sie behaupteten nämlich entweder,

1) daß diese an den Vater zurückgezahlte Dos bei des Vaters Beerbung der Tochter im Voraus zufalle. Dieses ist unmöglich. Denn dazu gerade ist die Collation der Dos eingeführt, damit die Tochter diese Dos in keinem Falle, auch wenn dieselbe noch nicht an den Vater zurückgezahlt worden ist, im Voraus von ihren Geschwistern erhalte. Daher wissen auch die Quellen von dieser Behauptung nicht das Mindeste. Nur das Eine ist für das Justinianeische Recht in der l. ult. C. Commun. utriusque judic. (3. 38.) von Justinian verordnet, daß, wenn der Vater diese Tochter mit fremden Personen zu Erben ernennt, die Tochter diese Dos im Voraus erhalten soll. Sonst aber wird auch nach dieser Verordnung die an den Vater zurückgezahlte Dos als Theil der väterlichen Erbschaft an alle Erben vertheilt [24].

2) Ein noch größeres Mißverständniß haben aber diejeni-

---

23) l. 31. §. 2. l. 66. §. 2. l. c. l. un. §. 14. C. de rei ux act.

24) Daruber W. Francke Civil. Abhdl. S. 188. Note 24. S. 119—253.

gen Schriftsteller verschuldet, welche behaupten, daß diese an den Vater zurückgezahlte profectitia dos als Eigenthum der filiafamilias betrachtet worden sei. Diese Behauptung findet sich gerade bei namhaften Schriftstellern, wie z. B. bei Donell [25]), Glück [26]), v. Vangerow [27]). Sie ist mit dem früher schon angegebenen Inhalte der Quellen, so wie mit der so eben citirten l. ult. C. Comm. utr. jud. nicht zu vereinigen, und beruht auf einer Mißdeutung der mehrfach citirten Stellen, wonach, so lange die Ehe besteht, die vom Vater bestellte Dos zu seinem Vermögen nicht gerechnet wird, sondern, wie l. 71. D. de evict. sagt, manente matrimonio zum Vermögen der Tochter zu zählen ist. Denn der Vater hat das Eigenthum der Dos zum Besten seiner Tochter an seinen Schwiegersohn übertragen, und damit hat er die Dos von seinem Vermögen gesondert, und er darf nicht im Voraus erwarten, daß die Tochter bei seinem Leben Wittwe werde, oder vor ihm versterbe. Daher kann inzwischen die Dos nicht zu seinem Vermögen gezählt werden; vielmehr wird als der natürliche Lauf der Dinge erwartet, daß zuerst der Vater sterben werde. In diesem Falle hat die Tochter die Rückforderung der Dos, welche deshalb auch, und weil überhaupt die Dos zu ihrem Besten bestellt ist, inzwischen „manente matrimonio" zu ihrem, der Tochter, Vermögen schon gerechnet wird. Allein wenn gegen diese Erwartung eine filiafamilias Wittwe wurde, so konnte sie die Gegenstände, aus welchen bisher die Dos gebildet war, zu wirklichem Eigenthum nicht erwerben, da sie als filiafamilias nichts Eigenes haben konnte, und weil sie auch nach den spätesten Verordnungen Justi-

---

25) Donelli Comment. de jure civ. lib. XIV. cap VI. §. 14.
26) Glück Erläuterung der Pand. Bd. 27. S. 214.
27) v. Vangerow Leitfaden Bd. I. §. 220. S. 328.

nians nichts aus des Vaters Vermögen zu Eigenthum erwerben kann. Es mußte daher nunmehr die Dos in des Vaters Vermögen zurückfallen.

Sollte es hierfür nach den obigen Ausführungen noch eines Beweises bedürfen, so ist dieser vollständig noch in der **l. 2. C. de bonis quae lib.** (6. 61) von Theodosius und Valentinian enthalten. Schon vor dieser Verordnung war dem Eigenthum des Vaters nicht bloß dasjenige entzogen, was der **filiusfamilias** von den mütterlichen Ascendenten erworben hatte, sondern auch die s. g. **lucra nuptialia**, d. h. was der Sohn oder die Tochter durch die Ehe von dem verstorbenen Ehegatten lucrirt hatte, waren Eigenthum des **filiusfamilias** geworden. In der zitirten Verordnung begegnen die Kaiser einer falschen Anwendung der letztgedachten Vorschrift, indem sie bestimmen, daß die Kinder nur dasjenige für sich (als s. g. **adventitium**) erwerben sollen, was ihnen „**ex speciali substantia conjugis**" zugefallen ist, **keineswegs aber die Dos profectitia oder die propter nuptias donatio, welche ihr Vater selbst für sie, die Kinder, bestellt hatte. Diese sollten nach wie vor „potestatis jure" ins Eigenthum des Vaters zurückfallen, und nicht zu dem eigenen Vermögen der Kinder gezählt werden.** Und ganz ebenso stellt Justinian in der Novelle 97. Kap. 5. die Sache dar.

Freilich sind diese Irrthümer unschädlich für die Anwendung des Römischen Rechts in Deutschland, weil bei uns die Töchter durch Heirath aus der väterlichen Gewalt treten. Allein es können solche Irthümer auf die Auffassung des Römischen Rechts und die Behandlung der Quellen sehr nachtheilig wirken.

§. 4.

Hiernach stand also ursprünglich im Römischen Rechte die Sache so:

I. Wenn bei Trennung der Ehe die Frau lebt, und zwar

a) als sui juris, so fordert sie selbst ihre Dos zurück.

b) Wenn sie noch filiafamilias ist, so fällt die Dos, nach Justinian jedoch bloß die profectitia, an den Vater zurück, dem jedoch zur Klage die Tochter einwilligen muß.

II. Dagegen wenn durch den Tod der Frau die Ehe getrennt wurde: so behielt der Mann ursprünglich jede Dos, nur an den Vater, wenn er noch lebte, fiel die von ihm bestellte Dos zurück, jedoch so, daß bei beerbter Ehe der Mann für jedes Kind ein Fünftel der Dos behielt. Dieses galt ohne Unterschied, ob die Frau noch filiafamilias oder sui juris gewesen war. An die Kinder fiel nichts, da diese theils nicht Erben der Mutter waren, theils auch als filii familias nicht zu eigen erwerben konnten.

Dieses Recht konnte frühestens seit der Zeit Constantins sich ändern, seitdem nämlich die Kinder nicht bloß die nächsten Erben der Mutter, sondern seit Constantin auch fähig waren, selbst Eigenthum zu haben. In der That ist aber die Verordnung Constantins, welche zuerst das mütterliche Vermögen (maternae facultates in l. pr. C. Theod. de mat. bonis (8. 18.) dem Eigenthum des Vaters entzog, bald auch auf diese Dos angewendet worden, d. h. in so weit ehedem die Dos dem Manne verblieb, fiel sie jetzt zu Eigenthum an die Kinder. lange vor Justinian ist dieser Grundsatz in einer Verordnung von Honorius und Theodosius anerkannt worden [28]). Es ist der erste Schritt zu dem Principe, daß die Dos mit dem übrigen Vermögen der Frau vererbt wird; aber der erste Schritt nur, da dieser Grundsatz zuerst allein zum Besten der Kinder anerkannt

28) „ita ut proprietas ejusdem a liberis ex eadem susceptis alienari a marito non possit" l. 3. §. 1. C. Theod. de dot. (3, 13) oder l. un. C. Si dos const. matrim. (5, 19).

wurde. In wie weit aber und wie lange daneben, bis Justinian die Vererbung der Dos allgemeiner vorschrieb, die Theilung der **profectitia dos** nach Fünfteln fortbestand, das ist aus unsern Quellen nicht zu ermitteln. Schon der Theodosische Coder, welcher uns aber in dieser Lehre nur unvollständig vorliegt, enthält keine Spur dieser Fünftel mehr; allein eben so wenig läßt sich aus ihm eine Aufhebung derselben mit Sicherheit nachweisen, indem alle Stellen, welche auf diese Lehre bezogen werden könnten, zu schwankend und ungewiß sind. Zu diesen Stellen ist namentlich auch die **l. 5. C. Theod. de legit. hered.** (5. 1.) von Arcadius und Honorius, nebst Justinians **l. 19. C. de collat.** (6. 20.) zu zählen. Bekanntlich bilden diese Stellen eine wesentliche Stütze der in der Praxis angenommenen Meinung, nach welcher die **profectitia dos** beim Dasein von Kindern nicht an den Vater zurückfällt [29]. Und beide Stellen, so weit sie uns hier angehen, enthalten die Vorschrift, daß die Enkel bei der Beerbung des mütterlichen Großvaters die für ihre Mutter von dem Erblasser bestellte Dos (also die **profectitia**) conferiren müssen. Man schloß nun: kein Erbe conferirt, was er nicht erhalten hat, also wird vorausgesetzt — da hier ein allgemeines Gesetz die Collation als Regel vorschreibt — daß auch diese Dos **profectitia** an die Enkel, die Kinder der Ehefrau — in der Regel falle. Und allerdings ist diese Argumentation von den Vertheidigern der gegenseitigen Ansicht gewöhnlich ziemlich schlecht widerlegt worden, insbesondere von Glück, welcher sogar meint die Stelle könnte von einer **dos adventitia** verstanden werden, was ganz unmöglich ist, da es sich von dem Vater der Ehefrau und der von ihm bestellten Dos handelt [30]. Auch dadurch

29) Schon für den Glossator Martinus war die l. 19. C. de collat. der Grundpfeiler dieser Behauptung, cf. Haenel Dissensiones Dominorum p. 40. 88. 441.

30) Glück Th. 27. S. 200.

allein möchte nicht viel gewonnen sein, daß man, wie gewöhnlich, dieser Vorschrift den Fall zum Grunde legt, da durch die Ehepacten ausgemacht war, es solle die Dos beim Tode der Frau auf die Kinder fallen. Denn wenn des Arkadius Gesetz nur diesen besondern Fall vor Augen hatte, so mußte es anders gefaßt sein, es konnte dann die Collation nicht so allgemein vorschreiben. Allein es ist doch zu erwägen, daß auch, wenn man das bisher erörterte Recht zum Grunde legt, die Dos in vielen Fällen an die Enkel schon damals gelangte. Dieses fand nicht bloß Statt

1) wenn dieß in den Ehepacten so ausgemacht war, sondern auch
2) gerade in Folge der Theilung nach Fünfteln, im Fall diese noch bestand, konnte die **profectitia dos** theilweise oder g a n z auf die Enkel gelangt sein.
3) Dasselbe trat ferner ein, wenn die Frau e m a n c i p i r t war und ihre Ehe b e i i h r e m L e b e n durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes getrennt war; denn dann hatte sie selbst bei Trennung der Ehe die Dos eingefordert, und diese bei ihrem Tode auf ihre Kinder vererbt.

Möglich bleibt daher, daß Arcadius, als er den Enkeln die Collation dieser Dos auferlegte, alle diese Fälle oder einige derselben vor Augen hatte. Es läßt sich daher aus seiner Vorschrift eine Veränderung des Dotalrechts nicht b e w e i s e n, obwohl es gar nicht unwahrscheinlich ist, daß das alte Recht, namentlich die im Theodosischen Codex nirgend mehr erwähnte Theilung nach Fünfteln, so nicht mehr bestand, wie wir sie aus Ulpians Fragmenten für das alte Recht kennen.

Erheblicher könnte aber, besonders hinsichtlich dieser Fünftel, eine Novelle von Valentinian dem Dritten vom Jahre 452 erscheinen [31]). Sie zeigt nämlich unverkennbar, daß da-

---

31) Nov. lib. II. tit. 35. §. 8—10 in Jus civile Antej. T. II. p. 1349. 1350.

mals die Dos, selbst die profectitia, in den Erbgang zu Gunsten der Kinder mit gezogen wurde. Sie verordnet ferner, daß nur bei unbeerbter Ehe der Vater die profectitia dos, und auch diese nur zur Hälfte, zurückerhalte. Allein ob diese Verordnung, welche für das westliche Reich erlassen ist, eine Schlußfolgerung auf das östliche Reich zuläßt, das kann immerhin zweifelhaft genannt werden.

§. 5.

Wenn wir in dem Vorigen die Hauptsätze der in unserer Praxis recipirten Meinung als schwankend und gebrechlich erkannt haben, so wird nunmehr auch die Grundsäule der entgegengesetzten Ansicht näher zu prüfen sein. Diese beruht wesentlich in folgender Argumentation, welche seit des Cujacius Vorgang sich bei den namhaftesten Civilisten findet [32]). Die Theilung der dos profectitia nach Fünfteln, (welche Theilung Cujacius retentio propter liberos genannt hat), ist von Justinian aufgehoben in der l. un. §. 5. C. de rei uxor. act. Zugleich ist von ihm der Grundsatz, daß die profectitia dos an den Vater zurückfällt, anerkannt. Diese Dos fällt also an den Vater zurück, ohne daß davon nunmehr den Kindern etwas bleiben soll. Denn dieses ist durch die Aufhebung jener retentio propter liberos ausdrücklich ausgesprochen worden.

So scheinbar diese Argumentation ist, so beruht sie doch auf einem sehr erheblichen Mißverständnisse. Zuvörderst ist wohl zu bemerken, daß der von Cujacius für jene Theilung nach Fünfteln gebrauchte Ausdruck retentio propter liberos sich dafür in unsern Quellen nirgend findet, weshalb er von mir auch nie dafür gebraucht worden ist; vielmehr ist diese Theilung nach Fünfteln in der Darstellung, welche Ulpian

---

32) Cujacius comm. in lit. Cod. de rei uxor. act. — Von neuern Schriftstellern nenne ich nur Glück Th. 27. S. 208. Vangerow Leitfaden Th. I. §. 220. S. 330. E. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 2. S. 442.

vom Dotalrecht giebt, in den Fragmenten tit. VI. § 4. auffällig getrennt von den später erst in §. 9 und 10 von ihm erörterten „retentiones ex dote", und retentio propter liberos ist hier, wie überall in den Quellen, lediglich ein ganz verschiedener bei Ehescheidungen geltender Rechtssatz genannt worden. Und nur diese technisch so genannte, bei Scheidungen ehedem geltende retentio propter liberos hat Justininian in der l. un. §. 5. C. de rei uxor. abgeschafft. Von der Theilung nach Fünfteln ist weder in diesem Gesetze, noch überhaupt sonst im Corpus Juris irgend die Rede, so wie schon bemerkt wurde, daß auch im Theodosischen Codex nichts mehr davon vorkommt. Dagegen hat die bei Ehescheidungen geltende retentio propter liberos bis auf Justinians Zeit fortbestanden, und sie ist in der l. un. §. 5. C. de rei ux act. abgeschafft worden.

Um dieses aber gegen jeden Zweifel festzustellen, wird es nothwendig, die alten Strafen der Ehescheidung, so weit sie die Frau trafen, näher zu betrachten, und das Schicksal dieser Strafen bis auf Justinian geschichtlich zu verfolgen. Die von einer Frau verschuldete Ehescheidung wurde im alten Recht durch zwei verschiedene Retentionen bestraft, eine retentio propter liberos und eine retentio propter mores. Die letzte fand vorzugsweise im Fall einer kinderlosen Ehe Statt. Die Frau verlor nämlich wegen Ehebruchs (mores graviores) ein Sechstel der Dos, wegen geringerer Schuld (mores leviores) ein Achtel [33]. Dagegen trat, wenn Kinder da waren, die retentio propter liberos ein. Hierdurch verlor die Frau für jedes Kind ein Sechstel der Dos an den Mann, jedoch niemals mehr als die Hälfte der Dos, übrigens aber ohne Unterschied zwischen Ehebruch und geringerer Verschuldung [34]. Dürfen wir aber einer in den Va-

---

33) Ulpiani fragm. VI. 12.

34) Ulpiani fr. VI. 10. „Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris vel patris, cujus in potestate est, divor-

siliken enthaltenen Notiz vertrauen, so waren diese Verschuldungen durch leges speciell aufgezählt und bestimmt. Es sollte also der Frau, auch wenn sie die Scheidung verschuldet hatte, jedenfalls ein Theil der Dos für ihre weitere Existenz bleiben. Aber auch hier tritt wieder die rechtliche Begünstigung der Kinder hervor, indem zu ihrer Erhaltung (propter liberos) dem Manne ein größerer Theil der Dos gelassen wurde, als in dem Fall einer kinderlosen Ehe. Hiernach erscheint es aber wiederum als eine consequente Fortbildung des Rechts, wenn seit der l. 8. C. de repud. 5. 17 die Dos, welche die schuldige Frau verliert, den Kindern geradezu als Eigenthum zugesprochen ist.

Diese retentio propter liberos bestand aber bis auf Justinian fort neben den spätern geschärften Ehescheidungsstrafen. Constantin nämlich hatte verordnet, daß die Frau, welche sich willkürlich, und außer in den drei von ihm gestatteten Fällen, vom Manne scheide, ihre ganze Dos verlieren solle [35]). Hierauf trat die propter nuptias donatio in das Römische Recht ein als eine Aussetzung an die Frau für den Fall, daß sie willkürlich vom Manne verstoßen wurde. Danach sprach eine Verordnung von Honorius, Theodosius und Constantius Folgendes aus:

1) die Frau, welche willkürlich (außer in den gesetzlich erlaubten Fällen) den Mann verläßt, verliert ihre Dos. Dagegen wenn sie in einem gesetzlich erlaubten Falle sich scheidet, so erhält sie außer der Dos auch die propter nuptias donatio.

---

tium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres sextae;" und Vaticana fragm. §. 107. „sextas liberorum nomine ita demum retineri posse, si culpa mulieris divortium intercessit." Gleichen Inhalts ist die bei Boethius aufbewahrte Stelle aus Paulus Institutionen (in Schulting Jurisprudentia Antej. hinter Pauli Sentent. rec. S. 536.)

35) l. 1. C. Th. de repud. 3. 16.

2) Der Mann, welcher die Frau verstößt, verliert außer der Dos die propter nuptias donatio, ausgenommen
   a) wenn er ihr ein grave crimen nachweiset, in welchem Falle sie die ganze Dos nunmehr verlieren soll.
   b) Ebenso behält der Mann die propter nuptias donatio, wenn er freilich kein „grave crimen", aber doch eine „morum culpa" der Frau nachweiset. Allerdings ist aber in diesem Falle die retentio ob mores abgeschafft worden, wodurch die Frau wegen Ehebruchs oder anderer Unsitte einen Theil ihrer Dos auch bei kinderloser Ehe verlor. Dagegen ist für diesen Fall die retentio propter liberos annoch beibehalten worden [36].

Die retentio propter liberos bestand also nach wie vor fort. Sobald der Mann wegen eines von der Frau begangenen Ehebruchs (mores graviores) oder wegen anderer Unsitte (mores leviores) sich schied, behielt er für jedes Kind ein Sechstel der Dos, jedoch nicht mehr im Ganzen als die halbe Dos. Dagegen war es der Frau nur erlaubt, wegen eines schweren vom Manne begangenen Verbrechens sich einseitig zu scheiden. Wenn sie sich schied aus geringeren Gründen — ob mores mariti — so sollte sie nach dieser Theodosischen Verordnung zur Strafe ihre ganze Dos verlieren.

Die hierin liegende Ungleichheit ist erst in Justinians Gesetzgebung aufgehoben worden. Zunächst gehört hieher die l. 11. C. de repud. 5. 17 vom Jahre 528. Durch dieses

---

36) l. 2. C. Theod. de repud. 3. 16. Für kurze Zeit sind freilich diese strengeren Grundsätze wieder abgeschafft gewesen durch eine Novelle von Theodosius von 439 (lib. I. tit. 13. Jus civile Antej. T. II. p. 1244). Diese Novelle wurde bald wieder aufgehoben theils von Valentinian III. (lib. II. nov. tit. 35. §. 11., im Jus civile Antej. C. II. p. 1350) und theils von Theodos selbst in einer uns bloß in dem zweiten Theile der l. 8. C. de repud. 5. 17. aufbewahrte Verordnung von 449.

Gesetz wurde nämlich verordnet, daß der Ehemann sich nicht scheiden dürfe außer in den in Justinians Gesetzen speciell erlaubten Fällen. Hob er hiernach rechtmäßig die Ehe auf, so verliert die Frau die ganze Dos. Trennte er die Ehe ohne gesetzlichen Grund — wenn auch ob mores mulieris — so verliert er entweder die propter nuptias donatio, oder wenn diese nicht bestellt ist, ein Viertheil seines Vermögens. — Nach dieser Verordnung blieb kein Raum mehr für die Anwendung der retentio propter liberos. Ausdrücklich aber war die Aufhebung derselben nicht ausgesprochen. Es war daher ein genügender Grund vorhanden, dieselbe Vorschrift nochmals und mit ausdrücklichen Worten in der l. un §. 5. C. de rei uxor. act. auszusprechen. Dieses ist in folgenden Worten geschehen:

> Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur, ne varium genus culpae mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum et jam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium sit, quid fieri oporteat.

Jedes dieser Worte beweiset, daß es ein starkes Mißverständniß ist, wenn man diese Stelle auf den Fall beziehet, da durch den Tod der Frau die Ehe getrennt ist. Es ist hier einzig und allein von der Ehescheidung die Rede. Denn Justinian schaffte die retentio ob liberos ab, und diese fand nach Ulpians Ausspruch Statt, „si culpa mulieris divortium factum sit“. Justinian schafft ferner die retentio ob liberos ausdrücklich deshalb ab,

1) ne varium genus culpae mariti contra uxores excogitent, und
2) weil schon in seinen Verordnungen über die durch Schuld der Frau veranlaßten Scheidungen hinreichende Verfügung getroffen sei, indem ja hiernach die Frau die ganze Dos verliert, wenn sie nach den Vorschriften der

Justinianeischen Gesetze für den schuldigen Theil zu achten ist.

3) Es hat endlich auch der weiter von Justinian angegebene Grund, „cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur", seinen sehr guten Sinn. Der Mann nämlich soll, wie dieses schon in der oben erwähnten l. 11. C. de repudiis ausgesprochen ist, sich nur noch scheiden aus den von Justinian ausdrücklich gebilligten Gründen, und nicht mehr wegen anderer „culpa mulieris", welche früher ihn berechtigte, von der Dos für jedes Kind ein Sechstel zurückzubehalten. Will er sich gegenwärtig scheiden aus geringerer Veranlassung, so darf er der Frau nichts mehr von der Dos entziehen. Er muß daher, ehe er sich scheidet, bei sich erwägen, daß jetzt ihm allein, als Vater, die Ernährung der Kinder obliegen wird, ohne die Beihülfe, welche bisher die Dos, und die retentio ob liberos ihm dabei gewährte.

Ganz unverständig aber erscheint in der That diese Argumentation, wenn man sie mit unsern Schriftstellern auf den Fall beziehet da durch den Tod der Frau die Ehe getrennt ist, während Kinder vorhanden sind. Justinian hat wenigstens diesen Fall nicht vor Augen gehabt, da er bloß von Ehescheidung redet. Beim Tode der Frau hat das Römische Recht von Anfang an ein anderes Prinzip angenommen, wonach schon im alten Rechte dem Manne der Kinder wegen die Dos ganz oder theilweise bleiben mußte. Und dieser „favor liberorum" ist im späteren Rechte mehr noch hervorgetreten, als früher. Es ist ja selbst bei einer von der Frau verschuldeten Scheidung die ganze Dos den Kindern zu Eigenthum verfallen, und jene retentio propter liberos ist bloß deshalb hinweggefallen, weil eine Scheidung aus geringfügigeren Gründen, als den gesetzlich gebilligten, (bei welcher noch Theodos jene retentio zugelassen hatte), nach Justinians Legislation gar nicht mehr vorkommen soll, sondern an dem

Manne mit dem Verluste der propter nuptias donatio der eines Viertheils seines Vermögens bestraft wird, so wie die Frau im gleichen Falle die ganze Dos verliert.

Ganz in demselben Sinne ist Justinians Verordnung in den Basiliken wiedergegeben, und in den Scholien dazu unter Anderem bemerkt worden:

„Olim si culpa mulieris solutum erat matrimonium, dabatur sexta pars ex dote pro singulis liberis usque ad tres, et culpae uxoris erant enumeratae legibus. Hoc igitur hoc loco dicit, cum non sit retentio, mariti non amplius quaerent culpas uxorum" [37]).

Hiernach steht so viel fest, daß die Argumentation, in Folge derer man behauptet, daß nicht die Kinder die Dos ihrer verstorbenen Mutter erben, sondern daß diese an den Großvater zurückfällt, wesentlich auf einen Mißverständnisse beruht. Etwas anders aber steht die Sache bei Cujacius, auf dessen Autorität vornämlich diese Doctrin beruht. Dieser hat nämlich die von Justinian ausgesprochene Aufhebung der retentio ob liberos richtig erklärt, und angenommen, daß Justinian nur von Ehescheidung rede. Allein er glaubt, daß Justinian doch auch zugleich dasselbe für den Fall, da durch den Tod der Frau die Ehe getrennt ist, habe anordnen wollen. Wenigstens müsse man dieses annehmen und in die Stelle hineinlegen, theils wegen der rechtlichen Gleichheit der Fälle, theils weil — man sonst nicht wisse, was aus der Retention der Fünftel beim Tode der Frau im spätern Rechte geworden sei.

Aber beide Argumente sind ungenügend. Vornämlich ist es unbegreiflich, wie man hier von einer rechtlichen Gleichheit reden mag. Denn die retentio der sextae ist abgeschafft für den Fall, da der Mann aus geringen, gesetzlich nicht mehr zugelassenen Gründen sich von der Frau scheidet. Hier soll

37) Heimbach T. III. S. 3. p. 452. 453.

die Frau, welche ja noch lebt, ihre Dos behalten, und die propter nuptias donatio oder ein Viertheil vom Vermögen des Mannes noch dazu bekommen, weil eine solche Scheidung nicht mehr für erlaubt gilt. Wie kann man davon schließen auf den Fall, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ist, und auf die Frage, an wen dann ihr hinterlassenes Vermögen fällt, ob an ihre Kinder oder an ihren Vater?

Justinian hat ferner die Retentionen, welche er abschaffte, ausdrücklich und einzeln aufgezählt, und unter diesen befindet sich unser Rechtssatz, die Theilung der Dos nach Fünfteln, nicht, welche ohnehin Ulpian gar nicht zu den retentiones ex dote gezählt, sondern davon sichtlich getrennt hat.

Nur darin hat Cujacius Recht, daß wir nicht wissen, zu welcher Zeit und durch welches Gesetz jener alte Rechtssatz aufgehoben worden ist. Wir wissen aber gar Vieles nicht. Unsere Kenntniß der Rechtsgeschichte ist immer noch eine sehr unvollständige, nicht allein unsere Kenntniß des alten Rechts, sondern auch die des spätern Constitutionenrechts. Jede neu aufgefundene Rechtsquelle hat dieses bewiesen, indem sie uns die überraschendsten, früher nicht geahneten Aufschlüsse brachte, wir mögen an Gajus Auffindung denken, oder an die Vaticanischen Fragmente, oder an den Streifen von Ulpians Institutionen, welchen Endlicher in Wien auffand. Hier aber spricht Vieles dafür, daß jener alte Rechtssatz schon längst von Justinian geändert war, weshalb auch Justinian keine Veranlassung hatte, ihn besonders aufzuheben. Aus dem Umstande, daß Justinian in der l. un. C de rei ux. act. jener Fünftel mit keinem Worte gedenkt, läßt sich mit ziemlicher Sicherheit schließen, daß dieselben schon damals nicht mehr geltenden Rechtens waren. Auf keinen Fall war es nothwendig, im Corpus Juris die Abschaffung jener Fünftel auszusprechen; denn im Corpus Juris kommen dieselben gar nicht mehr vor: wir kennen sie nur als einen zu Ulpians Zeit gelten-

den Rechtssatz aus den Fragmenten Ulpians, zu denen jetzt eine Notiz in den Vaticanischen Fragmenten gekommen ist.

§. 6.

Demnach dürfte so viel klar sein, daß die Grundpfeiler der beiderseitigen Meinungen gebrechlich und unbrauchbar sind. Für die in der Praxis recipirte Meinung bleibt dann nur der Grund übrig, daß eine irgend verständige Fortbildung des Römischen Rechts dieses Resultat erforderte. Für die andere Meinung aber ließe sich immer noch anführen, daß, wenn auch die Theilung nach Fünfteln schon vor Justinian abgekommen sein sollte, uns doch nirgend gesagt sei, weshalb der in den Pandecten enthaltene Satz, daß die dos profectitia an den Vater zurückfalle, nunmehr als absolut geltend zu betrachten sei. Gehen wir daher näher ein auf den Inhalt des Corpus Juris, so scheint so viel klar zu sein, daß wir in den Pandecten eine Entscheidung unserer Frage nicht zu suchen haben. Denn für Justinians Recht ist es Regel, daß die Dos beim Tode der Frau vererbt wird. Von dieser Vererbung der Dos wissen aber die Pandekten noch gar nichts; sie können daher über den Rückfall der Dos gar kein vollständiges System geben, sondern sie enthalten vielfache Reminiscenzen aus einem antiquirten Rechtszustande. In Justinians Gesetzen ist die Vererbung der Dos als Regel hingestellt, und wie weit das alte Recht daneben fortbesteht, das kann nicht aus diesem, sondern lediglich aus dem neuen Gesetz beurtheilt werden. Im alten Rechte behielt ferner der Mann beim Tode der Frau die adventitia dos, so wie er in vielen Fällen auch die profectitia dos behielt, nämlich theils der Kinder wegen, und theils wenn der Vater der Frau schon vorher gestorben war. Auch dieser Satz findet sich noch in manchen Stellen der Pandekten theils ausdrücklich ausgesprochen, theils als geltend voraussetzt[38]); und doch war derselbe

38) „Dotale praedium — in matrimonio defuncta muliere, virum retinere placuit" l 15. D. de fundo dotali 23. 5. „dotem

schon von Justinian in der l. un. C. de rei ux. act. vom Jahre 530 gänzlich aufgehoben. Auf gleiche Weise geben die Pandekten den Satz wieder, daß die Dos profectitia an den Vater zurückfällt [39]), was im Sinne der alten Juristen mit der Beschränkung zu verstehen war, daß Kinder nicht vorhanden waren, indem sonst der Mann die Dos ganz oder theilweise behielt. Ob nun aber dieser ganze Rückfall und in welchem Umfange derselbe noch im Justinianischen Rechte neben der Vererbung der Dos Gültigkeit habe, das kann, da das alte Recht in dieser Lehre durch die l. un. C. de rei uxor. act. verändert ist, nur aus dem Inhalt dieser Verordnung bestimmt werden. Es enthält aber die l. un. C. de rei uxor. act. über den Rückfall der Dos beim Tode der Ehefrau folgende Vorschrift in den Worten des §. 6:

> Illo procul dubio servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum suam naturam transmittatur.

Diese Worte lassen eine mehrfache Auslegung zu: Denkbar wäre erstens die Ansicht, daß die Vererbung der Dos hiernach als absolute Regel gelten solle. Diese Auslegung aber ist deshalb zu verwerfen, weil in demselben Gesetze, wie in anderen Stellen des Codex, der Rückfall der profectitia dos an den Vater noch erwähnt wird [40]). Man geht daher gewöhnlich davon aus, daß der Ausspruch Justinians, es solle die Dos den Erben der Frau zufallen, sich zurückbeziehe auf den vorhergehenden Satz, daß der Mann die Dos nicht behalten solle. Danach sagt man gewöhnlich, es solle die Ver-

---

mariti lucro cedere, quasi mortua sit" in l. 5. D. de bonis damnat. 48. 20. cf. l. 2. pr. D. de dote praeleg. 33. 4. l. 22. l. 33. §. 1. D. de relig. 11. 7.

39) l. 6. D. de jure dot. 23. 3. l. 10. pr. Solut. matr. 24. 3.

40) l. 4. C. sol. matr. 5. 18. l. 6. C. de pact. conv. 5. 14.

erbung der Dos in den Fällen gelten, in welchen der Mann nach dem alten Rechte die Dos behielt. Der Mann behielt aber beim Tode der Frau nicht bloß

1) die adventitia dos, sondern auch
2) die profectitia, wenn entweder
   a) der Vater vorher gestorben war, oder wenn
   b) die Ehe beerbt war, indem er die Dos entweder ganz oder zu Fünfteln, je nach der Zahl der Kinder, behielt.

Es würde hienach also diese Vorschrift, daß die Dos nicht mehr dem Manne bleiben, sondern den Erben der Frau zufallen soll, auch die profectitia dos treffen; sie würde hienach, wenn wir sie unter Beziehung auf das alte Recht interpretiren, selbst den streitigen Fall treffen, da der Vater der Frau noch lebt und zugleich Kinder vorhanden sind. Doch würde danach auch diese Stelle es unentschieden lassen, was jetzt an Statt der im Justinianischen Rechte jedenfalls verschwundenen Theilung der profectitia dos nach Fünfteln gelten solle. Und daher scheint es, daß auch diese Interpretation, durch Rückbeziehung der Stelle auf das alte Recht, zu keinem Resultate für unsere Streitfrage führen kann. Es ist deshalb nothwendig, diese Vorschrift und ihren Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen der l. un. C. de rei uxor. act. genauer zu erwägen, um daraus, wo möglich, die Absicht Justinians zu enträthseln.

Einen eigentlich legislativen Grund für jene Vorschrift führt Justinian gar nicht an. Er sagt vielmehr:

> „Es verstehe sich nach der Natur der actio ex stipulatu von selbst, daß die Dos nicht dem Manne bleibe, sondern wenn die Frau in bestehender Ehe sterbe, an die Erben der Frau falle.“

Vielleicht vermag ein genaueres Eingehen in den Sinn dieses Ausspruchs zu einem Resultate zu führen. Justinian hat bekanntlich in dieser l. un. C. de rei uxor. act. die actio rei uxoriae aufgehoben, ihre Grundsätze aber zum Theil

verschmolzen mit der actio ex stipulatu, welche früher dann Statt fand, wenn die Rückzahlung der Dos durch Stipulation versprochen war. Während früher auch Derjenige, welchem schon gesetzlich die Rückforderung der Dos durch die actio rei uxoriae zustand, oftmals durch Stipulation sich besonders die Rückgabe versprechen ließ, wird jetzt diese Stipulation als stillschweigend eingegangen stets vorausgesetzt, und die Dos von dem, welcher die Rückforderung hat, immer mit einer actio ex stipulatu eingeklagt. Dieser Klage sind aber zum Theil die Grundsätze beigelegt, welche früher bloß bei der actio rei uxoriae vorkamen, wie die dem Manne zustehende Einrede der Competenz, die von Justinian neu bestimmten Zahlungsfristen, und ähnliche Rechtssätze, welche uns hier jedoch nicht näher angehen [41]. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Klagen lag aber in Folgendem. Sobald der Mann die Rückzahlung der Dos der Frau versprochen hatte, so war er, wenn die Frau in bestehender Ehe starb, ihren Erben zur Herausgabe verpflichtet, da dieser vertragsmäßige Anspruch auf Rückzahlung der Dos wie jede Contractsforderung sich vererbte. Wenn dagegen eine solche Stipulation nicht vorlag, so behielt der Ehemann

41) Wie Justinian zu diesem Gesetze geführt wurde, das erhellt besonders aus einer in den Basiliken (T. III. p. 449. ed. Heimbach, oder T. IV. p. 600 ed. Fabrot.) enthaltenen, so viel ich weiß, noch nicht benutzten Notiz. Thaleläus bemerkt nämlich, nicht bloß, daß der zur Rückforderung Berechtigte sich oft den Rückfall durch Stipulation versprechen ließ, sondern daß außer der vulgaris stipulatio „dotem reddi soluto matrimonio“ noch eine zweite: „dotem reddi — ac si eam reddidisses patri moventi rei uxoriae actionem“, gebräuchlich war. Dadurch wurde also ausgemacht, es solle die Contractspflicht des Mannes zur Rückgabe der Dos nach den mildern Grundsätzen der rei ux act. bestimmt werden, so daß der Mann wenigstens die gesetzlichen Fristen und die Einrede der Competenz hatte. Dieses hat Justinian als allgemeines Recht hingestellt.

in den meisten Fällen, nach den Grundsätzen der actio rei uxoriae, die Dos. Die Stipulation scheint daher vornämlich dann vorgekommen zu sein, wenn die Frau, oder wer sonst die Dos für sie bestellte, den Erben der Frau die Rückforderung der Dos sichern wollte. Hiernach geht also Justinian in der l. un. §. 6 cit. davon aus:

„Jetzt wird angenommen, daß die Frau den Rückfall der Dos durch stipulatio sich hat versprechen lassen, und dieses fingirte Vertragsrecht geht auf ihre Erben über, wenn die Frau in bestehender Ehe stirbt."

Daher läuft die ganze Entscheidung unserer Frage darauf hinaus: Für welche Fälle hat Justinian der Frau selbst die actio ex stipulatu gegeben. Denn für alle Fälle, die Justinian annimmt, daß die Frau selbst die fingirte Stipulation „dotem reddi soluto matrimonio" für sich abgeschlossen hat, für diese ist auch im §. 6 verordnet, daß, wenn die Frau in bestehender Ehe verstirbt, die Rückforderung der Dos als ein der Frau vertragsmäßig erworbenes Recht auf ihre Erben übergeht.

Dieß führt aber nothwendig dahin, daß wir erstens unterscheiden zwischen einer dos adventitia und profectitia. Bei der adventitia hat, wenn sich der Besteller nicht ausdrücklich den Rückfall der Dos ausbedungen hat, die Frau entschieden das Rückforderungsrecht aus der fingirten Stipulation, welches Recht folglich, wenn die Frau in bestehender Ehe verstirbt, auf ihre Erben übergeht. Bei der dos profectitia dagegen führt dieses weiter dahin, daß wir unterscheiden müssen, ob die Frau noch filiafamilias oder sui juris war. Wenn sie noch in des Vaters Gewalt steht, so kann sie die Rückgabe dieser Dos nicht wirksam für sich stipulirt haben. Denn die Dos ist vom Vater bestellt, und als filiafamilias kann sie auch nach Justinians Gesetzen aus des Vaters Vermögen, so lange die väterliche Gewalt besteht, nichts zu Eigenthum erwerben. Obwohl daher die Dos „manente matrimonio" zu dem

Vermögen einer filiafamilias gezählt wurde, so muß doch bei Trennung der Ehe die Dos auch in diesem Falle „jure potestatis“ an den Vater zurückfallen, gerade wie sie auch dann, wenn beim Leben einer filiafamilias ihre Ehe getrennt wurde, aus gleichem Grunde an den Vater zurückfiel.

Anders aber gestaltet sich nach diesen Vordersätzen die Sache, wenn die Tochter sui juris ist. Hier hat sie, wenn sie lebt, bei Trennung der Ehe selbst die actio ex stipulatu auch bei der profectitia dos: sie also hat die fingirte stipulatio „dotem reddi“ abgeschlossen und dieses Recht der Rückforderuug vererbt die Frau, welche in bestehender Ehe verstirbt, nach l. un. §. 6 cit. auf ihre Erben.

Es folgt hieraus also, daß, sobald die Tochter sui juris ist, der Vater gar nicht mehr eine gesetzliche Rückforderung der profectitia dos hat. Ich weiß, daß dieses Resultat den jetzt angenommenen Meinungen widerspricht, und daher auch Widerspruch finden wird, insbesondere deshalb, weil doch in einzelnen Pandektenstellen der Grundsatz, daß die profectitia dos an den Vater zurückfalle, auch bei einer emancipirten Tochter noch ausgesprochen ist, oder doch daselbst vorausgesetzt wird [42]. Ich habe aber schon oben die Gründe angeführt, weshalb ich auf dergleichen zerstreut vorkommende Pandektenstellen auch in dieser in ihren Grundprincipien veränderten Lehre kein Gewicht legen kann, am wenigsten, um dadurch den Inhalt einer eigenen Verordnung Justinians zu widerlegen. Man ist auch allgemein zu der Ueberzeugung allmählig gelangt, daß die Pandekten in allen Rechtslehren gar viele Aussprüche enthalten, welche lediglich auf alten, zu Justinians Zeit längst verschwundenen Rechtssätzen beruhen. Anerkannt ist dieses vorzüglich in allen Theilen des Erbrechts und in den Lehren, welche mit den Grundsätzen des alten Proceßrechts zusammenhängen. Dasselbe aber findet mehr oder weniger in

42) l. 5. de divort. 24. 2. l. 10. pr. 59. Sol. matr. 24. 3. l. 71. D. de evict. 21. 1.

allen Rechtslehren ebenso Statt. Hier erinnere ich nur an die schon früher erwähnten Pandektenstellen, welche noch den antiquirten Satz aussprechen, daß beim Tode der Frau die Dos dem Ehemann bleibe.

In der That aber hat Justinian jenes Resultat, welches sich aus dem §. 6 seines Gesetzes mit Nothwendigkeit ergibt, in derselben Verordnung ausdrücklich ausgesprochen.

Im §. 13 kommt er nämlich endlich auf die wichtigste Frage: wer denn eigentlich die stipulatio „dotem reddi soluto matrimonio" fingirter Weise abgeschlossen haben sollte. Hierüber sagt er: Wenn ein Dritter, ein extraneus, die Dos bestellt, und sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hat, so hat die Frau die stipulatio für sich gemacht. Wer aber hier als extraneus zu betrachten sey, darüber erklärt Justinian wenigstens sich folgendermaßen:

> „Extraneum autem intelligimus omnem, citra parentem per virilem sexum ascendentem **et in potestate dotatam personam habentem**; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus."

Allerdings findet sich hier noch in neueren Ausgaben [43]) eine abweichende Lesart, welche erheblich scheinen könnte. Manche Ausgaben lesen nämlich: „et in potestate dotatam personam **non** habentem." Allein diese Lesart muß verworfen werden. Denn

1) schon Russard und Charondas bemerkten in ihren Ausgaben, daß sie dieses „**non**" in keiner Handschrift gefunden haben; es hat jedenfalls die Autorität der meisten Handschriften gegen sich [44]).
2) Es hat dieses „non" die Basiliken gegen sich, den Text derselben [45]), wie die Scholien. In letzten wird

43) z. B. in der Ausgabe von Spangenberg.

44) vgl. Herrmanns Ausgabe des Codex. nota 19. ad h. l.

45) Basil. lib. 29. tit. 1. l. 119. §. 13. (Fabrot. T. IV. p. 546).
„καὶ ἐχόντων ὑπεξουσίαν τὴν προικισομένην."

außerdem der Justinianische Text aus dem κατὰ πόδας wörtlich und ohne jenes „non“ wiedergegeben [46]).

3) Das non ist unmöglich; denn es würde das ganz widersinnige Resultat geben, daß nur der Vater, welcher die väterliche Gewalt nicht mehr hat, zur Rückforderung der Dos berechtigt sey.

Hiernach hat aber Justinian nicht bloß verordnet, daß das der Frau aus der fingirten Stipulation zustehende Rückforderungsrecht der Dos, wenn sie in bestehender Ehe verstirbt, auf ihre Erben übergeht, sondern er hat auch ausdrücklich im §. 13 vorgeschrieben (was im §. 6 vorausgesetzt wird), daß die tacita stipulatio von der Frau selbst eingegangen sei. Und eine Ausnahme hat er nur bei der profectitia dos dann zugelassen, wenn der Vater noch die väterliche Gewalt hat. Eine emancipirte Tochter hat also die stipulatio „dotem reddi“ selbst und für sich fingirter Weise abgeschlossen, und vererbt, wenn sie in bestehender Ehe stirbt, diese vertragsmäßige Rückforderung (nach §. 6) auf ihre Erben.

Zu verwundern ist aber in der That, wie unsere Schriftsteller diese in ihre Theorie nicht passenden Worte: „et in potestate dotatam personam habentem“ gewöhnlich ganz ignorirt haben oder darüber hinweggeschlüpft sind. Cujacius jedoch sucht das Gewicht dieser Stelle dadurch zu entkräften, daß er sie blos von einer Ehescheidung versteht, also von einem Falle, da die Tochter selbst noch lebt bei Trennung der Ehe, und deshalb als sui juris selbst ihre Dos einklagt. Allein diese Beschränkung der Stelle ist unmöglich; denn die Worte entscheiden allgemein über die Frage, wer überhaupt als extraneus zu betrachten sei. Diese Frage konnte Justinian bei seiner neuen Legislation l. un. C. de rei ux. act. nicht übergehen. Er mußte dieselbe nothwendig berühren und entscheiden. Die citirten Worte enthalten aber Justinians

---

46) T. IV. p. 668. Fabrot.

einzige Erklärung über diese Frage. Sie müssen daher auch als Norm für das Justinianische Recht betrachtet werden. Und so wie der Vordersatz, „daß, wenn ein Fremder die Dos bestellt, die Frau aus der zu ihrem Besten fingirten Stipulation die vertragsmäßige Rückforderung der Dos hat", nicht auf den Fall einer Ehescheidung beschränkt werden kann, sondern jedenfalls auch ihren Erben die Rückforderung gibt, wenn die Frau in bestehender Ehe verstirbt, ebenso kann auch jener Nachsatz, welcher den Vordersatz und den Begriff des **extraneus bloß erläutert**, auf den Fall einer Scheidung nimmermehr beschränkt werden. Wer dagegen glauben sollte, mit Cujacius den §. 13 auf den Fall beschränken zu dürfen, da die Frau lebt bei Trennung der Ehe, der würde aus Justinians Gesetz keineswegs die gewöhnliche Meinung ableiten können. Vielmehr würde dann Justinian folgende zwei Sätze in seiner Verordnung festgestellt haben.

1) An den Vater fällt die profectitia dos, wenn die Ehe seiner **filiafamilias während ihres Lebens** getrennt wird.
2) Wenn die Frau in bestehender Ehe stirbt, so muß ihre tacita ex stipulatu actio auf ihre Erben übergehen.

Dieses würde aber ein Resultat ergeben, welches zur Zeit wenigstens noch von keinem Schriftsteller vertheidigt worden ist: es würde die Vererbung der Dos als absolute Regel von Justinian hingestellt werden.

Eine Ausnahme von der gewöhnlichen Darstellungsweise findet sich aber allerdings in Zimmerns Rechtsgeschichte [47]. Hier wird nämlich der Inhalt der Justinianischen Verordnung ganz richtig dahin angegeben:

„Nach Justinians Verordnung soll immer **die Frau** als diejenige angesehen werden, zu deren Gunsten Stipulation fingirt wird, so weit sich nicht der Besteller

47) Zimmern Rechtsgesch. Th. II. §. 170. S. 622.

den Rückfall ausdrücklich ausbedungen hatte, und bloß noch der Ascendent, in dessen Gewalt die Frau steht, soll ebenfalls tacita ex stipulatu actio haben."

Und da Zimmern damit ebenfalls den Satz verbindet, daß, wenn die Frau in bestehender Ehe stirbt, ihre actio ex stipulatu vererbt wird, so müßte auch er der Meinung sein, daß die Dos einer emancipirten Tochter stets vererbt wird, und nicht mehr an den Vater gesetzlich zurückfällt.

Das hierdurch gewonnene Resultat wird aber dadurch bedeutend unterstützt, daß es mit den Grundsätzen des Justinianischen Rechts über die Erwerbungsfähigkeit die filiafamilias und die Beerbung derselben durchaus harmonirt. Denn so wie eine filiafamilias vom Vater nichts zu Eigenthum erwerben kann, und eine Erbfolge nur in ihre Adventitien möglich ist, so fällt auch eine profectitia dos an den Vater zurück: sie kann bei dem Tode der Tochter nicht vererbt werden. Dagegen bei einer emancipirten Tochter ist die von Justinian in l. un. § 6. cit. als Regel angenommene Vererbung möglich, und daher im §. 13 des Gesetzes der Rückfall der profectitia dos an den Vater auf den Fall, da dieser noch die väterliche Gewalt hat, beschränkt worden.

Es hängt also Justinians Legislation mit den späteren Grundsätzen über das Erbrecht zusammen, und der schon früher wenigstens zu Gunsten der Kinder angenommene Grundsatz, daß die Dos als Theil des Vermögens der Frau vererbt wird, ist von Justinian so weit durchgeführt, wie es die Grundsätze über die väterliche Gewalt und die Beerbung einer filiafamilias zu verstatten schienen. Für uns aber muß nach dem in Deutschland geltenden Rechtssatze, daß die väterliche Gewalt durch Heirath der Tochter aufhört, die Vererbung der Dos in dem jetzigen Rechte als das einzig geltende Princip betrachtet werden.

Wir finden hiernach aber in diesem Justinianischen Gesetze durchaus keine Beziehung auf die alte Theilung der dos profectitia nach Fünfteln, wodurch die Wahrscheinlichkeit,

daß dieses Recht schon vor Justinian verändert war, erhöhet wird, obwohl wir nicht wissen, was inzwischeu gegolten haben mag. Da uns hier aber der historische Zusammenhang fehlt, so ist es um so nothwendiger, bei dem Resultate zu verharren, welches aus Justinians eigener Verordnung hervorgeht.

Dieselbe Meinung ist aber auch schon in der Glosse aus ähnlichen Gründen vertheidigt worden. Denn, obwohl noch einzelne Stellen zeigen, daß namentlich Irnerius hieran zweifelte [48]), so nahm doch die Glosse mit Entschiedenheit an, daß nach Justinians eigenem Ausspruche in der l. un. §. 6 de rei uxor. act. die Dos einer emancipirten Tochter stets vererbt werde. Sie interpretirte daher die Pandektenstellen, in welchen noch der Rückfall dieser Dos an den Vater angedeutet wird, von ausdrücklichen Verträgen, gerade wie man noch jetzt eben so die gleichfalls antiquirten Stellen auffaßt, nach welchen der Ehemann in mehreren Fällen die Dos behielt. Und wenn dieses bei der letzten Stelle zuläßig ist, so ist es eben so auch bei den ersten möglich. Dieses ist am klarsten ausgesprochen in der Glosse zu l. 10 pr. 59 pr. D. sol. matr. 24. 3. und zu l. 4. C. sol. matr. (5. 18). Die letzte vielbesprochene Stelle, ein Rescript Alexanders, lautet also:

Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet.

Da Justinian in der l. un. C. de rei ux. act. ausgesprochen hat, daß die Dos gesetzlich nur dann an den Vater zurückfällt, wenn dieser noch die väterliche Gewalt hat, so hielt hiernach die Glosse sich für berechtigt, das Wort filiafamilias auch in der l. un. C. cit. als bedeutsam zu betrachten, und nicht blos als eine im Rescripte sehr häufig vorkommende Erwähnung eines in dem entschiedenen Fall zufällig vorhandenen Umstandes. Deshalb ist auch in der Glosse die bekannte Controverse des Martinus und Bulgarus

48) Die Glosse ad . 5, §. 11. D. de jure dot. 23. 3.

auf den Fall beschränkt, da eine Ehefrau noch als filiafamilias mit Hinterlassung von Kindern verstirbt, indem Martinus gerade diese l. 4 C. sol. matr. auf den Fall beschränkte, da die Frau als filiafamilias und ohne Kinder verstorben war. Man hat aber später diese Controverse in einem ganz andern Sinn aufgefaßt und fortgeführt, indem man dieselbe auf eine emancipirte Tochter erstreckte.

Wenn wir übrigens die l. 4. C. cit. zuvörderst in dem Sinne von Alexander Severus auffassen, so kann auf dieselbe für diese Frage allerdings kein Gewicht gelegt werden. Denn zu Alexanders Zeit fiel, wenn die Frau in der Ehe starb, jede profectitia dos an den Vater, wenn dieser noch lebte, zurück, die Tochter mochte sui juris sein oder nicht; eine Vererbung der Dos war dem Römischen Rechte noch gänzlich unbekannt, nur behielt, wenn Kinder da waren, der Ehemann für jedes Kind ein Fünftel der Dos. Deshalb könnte man freilich im Sinne des alten Rechts sagen, es habe Martinus ganz das Richtige getroffen, wenn er diese Stelle von einem Falle verstand, da die Frau ohne Kinder verstorben sei. Denn dem Kaiser mußte, wenn er dieser Fünftel nicht gedachte, der Fall einer kinderlosen Ehe zur Entscheidung vorliegen. Wohl aber ist es doch möglich, daß die Fünftel in dem Rescripte erwähnt waren, und als unpraktisch von Justinians Compilatoren weggelassen sind, so wie diese Fünftel auch aus Pandektenstellen gestrichen sein müssen. Denkbar wäre aber auch andererseits, daß dafür die Compilatoren gerade das Wort „filiafamilias" welches für Alexanders Zeit ganz überflüssig und unerheblich war, in Folge der l. un. §. 13 C. de rei ux. act. substituirt hätten, um diese Stelle mit dem geltenden Rechte in Einklang zu setzen. Aber dieses Alles wissen wir nicht; und daher kann auf diese Stelle, allein betrachtet, schwerlich ein erhebliches Gewicht gelegt werden.

Was endlich die Basiliken anbetrifft, so ist dasjenige was die Scholien zur Erläuterung der l. un. C. de rei ux.

act. enthalten, schon angeführt worden. Uebrigens dürfen wir in dem Texte der Basiliken eine weitere Erwähnung unserer Streitfrage nicht suchen. Denn die Basiliken geben nur den Inhalt des Corpus Juris meistens in abgekürzter, oft sehr verstümmelter Form, und zwar nach früheren griechischen Uebersetzungen und Bearbeitungen, wieder. Sie wiederholen daher allerdings die bekannten Pandektenstellen über den Rückfall der profectitia dos; dagegen wiederholen sie auch die Vorschriften Justinians, daß die Dos beim Tode einer Ehefrau vererbt wird, und daß sie nur an den Ascendenten, welcher die väterliche Gewalt hat, zurückfallen soll. In den Scholien aber, welche bekanntlich mehr Belehrung darbieten, findet sich auch eine Verschiedenheit der Ansichten. Denn einmal heißt es in den Scholien zu lib. 29. tit. 1. fr. 75:

> „Si dos sit profectitia, pater ejus repetitionem habet: „ὑπεξουσίας τελευτώσης ἐν τῷ γάμῳ τῆς κόρης (i. e. si in ejus potestate decessit in matrimonio filia [49]).

Aber nicht ganz so weit ging die Theorie des Theodorus in den Scholien zu Basil. libr. 28. tit. 8. fr. 68. Die Basiliken selbst geben hier allerdings die oben besprochene l. 4. C. sol. matr. 5. 18. nur so wieder:

> Dos a patre data, mortua in matrimonio filia (der Codex hat filiafamilias), patri restituitur.

Allein dazu wird in den Scholien bemerkt:

> Si puella in potestate patris constituta constante matrimonio decesserit, pater ejus dotem, quam pro ea dedit; recipit hoc autem etiam in emancipata obtinet, scilicet si liberos non reliquit, neque pactum intersessit, ut supertes persona altera praemortua aliquid lucraretur rel — [50]).

49) Heimbach T. III. p. 424. 425. oder Fabrot. IV. p. 688.

50) Heimbach T. III. p. 293. oder Fabrot. T IV. p 212

Freilich vermag ich nicht zu sagen, an welche Gesetze oder Aussprüche der Quellen diese Theorie angeknüpft wurde. Aber so viel ist klar, daß auch hier die Dos einer emancipirten Frau ihren Kindern, und nicht ihrem Vater zugesprochen wird. Unbegreiflich ist daher, wie Glück sich gerade auf diese Stelle für die Behauptung berufen mochte, daß auch nach den Basiliken und dem Scholiasten Theodorus zwischen einer emancipirten Tochter und einer filiafamilias kein Unterschied in dieser Lehre stattfinde [51].

XV.

Ueber den Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf Wechselrecht, über die an den Gesetzgeber in dieser Beziehung zu stellenden Forderungen und über das Bedürfniß einer gleichförmigen Wechselgesetzgebung für Deutschland, wenigstens für die Staaten des deutschen Zollvereins, mit besonderer Rücksicht auf das neue, königlich sächsische Gesetz über Schuldarrest und die darüber gepflogenen Verhandlungen.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nro. VI. in diesem Bande.)

Seit unserm letzten Aufsatze über Wechselrecht ist von Seite der Gesetzgebung und der Wissenschaft so viel Bedeutendes geliefert worden, daß es vor Allem Pflicht ist, auf jene neuen Leistungen die Aufmerksamkeit unserer Leser zu

---

51) Glück Bd. 27. S. 199. nota 23.